minaten und Nominanten vorbehalten, auch der dritte rechtmäßige Besitzer, der später kömmt, kann gegen den Kläger, der nur zur Strafe des Nominanten und Nominaten, oder weil kein besseres Recht ihm gegenüber behauptet wurde, den Besitz erhielt, seinen Besitz geltend machen.

XXV.

1) Einige Worte über die laudatio sive nominatio auctoris, und das durch diese veranlaßte teutsch-proceßliche Verfahren —
2) über die poena infitiationis in diesem Gebiet —
3) über den Grundsatz: es giebt Antworten im Proceß, welche zugleich die Natur einer verneinenden Einlassung und dennoch auch die Grundlage und Folgen einer Einrede haben.

Von Gensler.

§. 1.

Eine niedergeschriebene Abhandlung: über die Einlassung und das qualificirte Geständniß u. s. w., nöthiget mich gewisser Maßen, hier einiges in Hinsicht auf meines Freundes Mittermaier unter nr. XXIV. vorstehende Beleuchtung der Benennung des Auctors zu äußern.

In jener Abhandlung habe ich nämlich die nominatio auctoris als Beispiel eines qualificirten Geständnisses und dessen Wirkung in Bezug auf Beweislast gedacht, zum Beleg, daß dieses sogenannte Geständniß eine Mischung sey von Geständniß, Verneinung, und Einrede.

Wenn z. B. der mit einer Vindication als Besitzer belangte Beklagte so antwortete: „ich gestehe, daß ich das vom Kläger vindicirt werden sollende Grundstück als Pachter des N*. besitze," so enthält dieses den Sinn:

a) „ich besitze" — (nämlich auf das blos factische Aeußere hingesehen.) —

b) „ich besitze nicht“ — (in Rücksicht auf den gesetzlichen Begriff eines Civilbesitzers.) —

c) „ich habe die Qualität eines Pachters des N*.“ — (dieses ist eine selbstständige, außer dem Gebiet der vom Kläger behaupteten thatsächlichen Verhältnisse liegende, Behauptung, mithin eine Einrede, deren Wahrheit jedoch zugleich ein Nichtwahr und also einen directen Gegenbeweis wider des Klägers behaupteten Civilbesitz des Beklagten zur Folge hat. —

Es ist diese Ansicht nicht unfruchtbar für die Lehre von der nominatio auctoris überhaupt, auch insofern sie nicht im Gewand eines qualificirten Geständnisses erscheint.

Sehr wahr und richtig bemerkt Mittermaier S. 405. a) „daß die Begründung der sogen. exceptio nom. auct. eine doppelte Natur hat“; und eben so stimme ich seinen S. 406 f. aufgestellten Lehrsätzen bei, b) daß die laudat. auctoris nur für dingliche Klagen gegeben und nur für diese gerecht und zwecklich sey, ingleichen c) daß diejenige poena infitiationis, welche in einer translatio possessionis auf den Kläger bestehet, sehr enge Gränzen hat. Allein so wie in diesem Punkt die römischen Gesetze keinesweges für unanwendbar angesehen werden können, so giebt mir eben die doppelte Natur der nominatio auctoris den Grund ab, dieselbe von der einen Seite als eine wirkliche exceptio angesehen, eben deshalb aber anzunehmen, daß von dieser ihrer Natur aus der teutsche Proceß über die nominat. auctoris, veranlaßte diese einen gerichtlichen Streit, sich leicht nach den allgemeinen Principien entwickelt.

Man sehe hin auf die möglichen Fälle ihres Gebrauchs in dem Proceßgang, setze aber dabei voraus, daß der Kläger in der Geschichtserzählung seiner Klage ausdrücklich mit behauptet habe: „der Beklagte besitze das Object der Klage, oder habe den Besitz bösvorsätzlich von sich geschafft [1].“

Denn fehlt die Behauptung einer solchen wesentlichen Bedingung der dinglichen Klage, so ist es ja ein processualischer Mißgriff, an eine laudatio auctoris zu denken, und auch das Vorschützen einer exc. deficientis legitimationis ad causam ist verkehrt [2]). Der sichtliche Fehler der Klage wird Grund und Gegenstand einer dilatorischen, von der Instanz befreienden, exceptio libelli inepti seu actionis non rite fundatae [3]), mit dem Gesuch: „die Klage als

1) L. 36. Dig. de rei vindic. 6, 1.

2) M. Handb zu Martins Lehrb. des teutsch. gem. bürg. Processes. Thl. 1. Abh. 3. S. 142. 149. u. 157.

3) Archiv für die civil. Praxis. Bd. 1. Abh. 21. §. 15. S. 275.

angebrachter Maßen unstatthaft zu verwerfen; ja dieses muß auch ohne jene Einrede von Richteramts wegen geschehen. Der Grund dieser dilatorischen Einrede ist: „weil der Kläger die factische Grundlage der passiven Legitimation zur Sache in seiner Klage nicht erzählt und der Antwort nicht mitausgestellt, mithin die Klage einen wesentlichen Fehler hat". Von jener Sachlegitimation selbst aber ist, nach dem Zweck dieser exceptio dilatoria, noch gar nicht die Rede, man mag nun die except. def. leg. ad caus. als blose negative Litiscontestation, oder als etwas anders betrachten wollen. Wäre der Advocat so einfältig, jene Einrede eine except. def. leg. ad caus. poss. zu betitteln, so muß wenigstens der Richter klüger seyn, da dieser nicht den Namen, sondern das Material, in das Auge fassen und vor seine Reflexion ziehen muß.

Also eine auch in diesem Legitimations-Punkt gehörig begründete Klage wird in Hinsicht auf die laud. seu nom. auctoris hier vorausgesetzt.

§. 2.

Wenn nun in diesem Fall

A) der Beklagte zu dem Zweck, um sich von der Einlassung zu befreien, um den Proceß sofort und für immer von sich abzuwenden, ohne jedoch dem Kläger etwas an dessen Gesuch einzuräumen, sogleich mit dem Vortrag hervortritt: „ich besitze nicht für mich, sondern für den N*., ich bin folglich zur Sache passiv nicht legitimirt; ich will, ja ich darf nicht einmal über dieses, meiner Disposition enthobene, Object in einen Rechtsstreit, wem es gehöre, mich einlassen", so enthält dieses von der einen Seite wirklich eine negative Litiscontestation des Inhalts: „es ist nicht wahr, daß ich das Object der Klage besitze". Allein da der Beklagte diesen Satz nicht bis zur Litiscontestation versparen, da er durch ihn von dieser sich vielmehr befreien will, da, wenn er, nach seinem Bewußtseyn, mit den äußern Merkmalen des Besitzes umgeben ist, z. B. das Grundstück mit seinem Geschirr beackert, die Früchte ärndtet u. d. gl., er in der juristischen Lage sich befindet, diese äußern Merkmale zu tilgen, weil, sind sie eingestanden, oder vom Kläger bewiesen, der den Besitz- und Legitimations-Punkt betreffende Beweis des Klägers bis auf Entkräftung vollständig geführt ist, da ferner der Beklagte gerade diese sofortige Entkräftung dadurch bezweckt, daß er eine Qualität seines Besitzes und seiner selbst, so wie das Daseyn eines andern Besitzers, behauptet, aus deren Wahrheit die Nichtwahrheit der juristisch bewiesenen Behauptung des Klägers folgen soll; so nimmt aus diesem Gesichtspunkt

sein Vortrag die Natur einer Einrede an und zwar, auf den Proceß hingesehen, einer exceptio litis ingressum impediens nach teutschrechtlichem Begriff. Und in diesem Fall muß er sie schleunig beweisen, oder die Einlassung auf die Klage vollziehen [1]).

Im Fall jedoch

a) der Beklagte mit der Einrede und durch diese zugleich zur Abtretung des Besitzes des Klagobjects an den Kläger sich bereit erklärt, und nur das Recht jenes Dritten als Hinderniß anführt, dann fällt auch der Streit darüber: „ob und wie er besitze", von selbst hinweg; der Streit zwischen ihm und dem Kläger ist eigentlich ganz beendiget, und nur das Interesse des benannten Dritten macht noch ein Hinderniß, dem Kläger den verfolgten Besitz einzuräumen. Für diesen Fall ist dann die L. 2. Cod. ubi in rem actio. 3. 19. gegeben, und auch in dem teutschen Proceß anwendbar — mag er vor der Litiscontestation, oder mit dieser, oder nach ihr, in dem Proceß eintreten. Hiervon unten lit. B. 2. II. S. 429.

Desgleichen ist

b) der Proceß in dem Fall zwischen dem jetzigen Kläger und Beklagten beendet, wenn dieser den, auch nur benannten, Nominaten sich gefallen lassen und sofort wider diesen sich wenden will. Hier läßt er seine Klage gegen den zeitherigen Beklagten fallen — und in beiden Fällen unter a. u. b. kann er auch die Folgen einer nicht entschuldbaren ignorantia durch Ersatz der Unkosten zu verbüßen haben.

Auch hat er

c) das Recht, keinesweges aber die Zwangspflicht, selbst in den Fall, wann der einen Dritten nominirende Beklagte den Besitz nicht abtreten will, in die Adcitation des Nominaten einzuwilligen, um dessen Erklärung anzuhören, zur weiteren Entschliessung, „ob er, Kläger, den gewählten Beklagten fahren lassen und gegen den Nominaten sich wenden wolle" — ein Fall aber, welcher durchaus nicht Gegenstand der L. 2. Cod. ubi in rem actio rel., sondern nur als conventioneller Unterrichts-Proceß anzusehen ist.

Will nämlich

d) der Beklagte den Besitz nicht verlassen, dennoch aber von der Klage durch eine nominatio auctoris ledig werden, jetzt aber der Kläger von dem Nominaten keine Notiz nehmen, sondern auf seiner ausdrücklichen Behauptung in der Klage bestehen: „der Beklagte besitze wirklich", so kann,

---

1) Archiv, a. a. O. Abh. 32. S. 452. ff. Mein Handbuch zu Martin, Thl. 1. Abh. 5. S. 144.

wie schon erwähnt, dieser von der einlassenden Antwort: „ob er besitze oder nicht“ sich blos durch den schleunigen, in der Exceptionsschrift sogleich angetretenen, Beweis befreien: „jener N*. sey der Civilbesitzer“. Der so entschlossene Kläger braucht sich also, findet er diesen Beweis nicht klar, eine Adcitation jenes Nominaten wider Willen am wenigsten zu dem Zweck gefallen zu lassen, um gegen diesen beigerufenen Nominaten seinen Spieß zu wenden. Litem mag der Beklagte jenem Dritten immerhin denunciren aber das befreit ihn nicht von der Rolle einer Hauptperson, und veranlaßt kein besonderes Verfahren [2]) Ja es werden nicht einmal die Bedingungen einer litisdenunciatio immer vorhanden seyn [3]). Jenen Beklagten kann im vorausgesetzten Fall nur eine klare, wider der Kläger beweisende, Urkunde im Gefolge jener proceßverbindernd vorgeschützten Einrede dem gesetzlichen Vollzug der Litiscontestation entheben. Selbst wenn der Nominat, geladen oder ungeladen, erschiene und aus vollem Hals riefe: ich bin der Civilbesitzer, ich biete mich als Gegner des Klägers dar wider mich wende er diese oder eine neue Klage! würde der Kläger ohne einen von Seiten des Beklagten mit dieser Erklärung verbundenen schleunigen und klaren Beweis, erwiedern dürfen: „ich glaube diesem Zeugen in eigener Sache nicht, mit ihm habe ich nichts zu schaffen, sondern nur mit dem von mir gewählten Beklagten welcher antworten soll: „ob er besitze oder nicht“.

B) Läßt der Beklagte auf die Klage sich ein, sey es nun α) ohne jene Einrede vorausgeben zu lassen, oder β) eventuell, d. h. auf den Fall, daß der Kläger die nominatio sich nicht gefallen ließe, oder die Einrede vom Richter für nicht liquid erachtet würde, und

---

2) Die Litisdenunciation kann ja nur eine accessorische Intervention des Litisdenunciaten zur Folge haben, wobei dieser den Litisdenuncianten blos mitvertheidiget, ohne daß der Proceß eine andere Richtung erhielte, und der Litisdenunciant, ohne Einwilligung des Gegners, aufhören könnte, eine Hauptperson des Processes zu seyn.

3) Angenommen, in allen Fällen finde Litisdenunciation an einen Dritten statt, in welchen durch den Verlust des Processes eine Regreßklage gegen ihn entspringen würde, Martin Lehrb. des teutsch. bürg. Proc. §. 296. ibi all., ist freilich auch im obigen Verhältniß eine litisdenuntiatio denkbar, z. B. der mit der vindicatio angegriffene Besitzer behauptet: „ich bin ein Pachter,“ er benennt den N*. als Eigenthümer, der Kläger aber will dieses nicht glauben und der Beklagte will auch den Besitz so gutwillig nicht räumen, sondern denuncirt dem Verpachter litem, jenes, um von dem Proceß frei zu werden, dieses um vertheidiget zu werden, und sich die Regreßklage zu sichern.

1) gestehet den Besitz, nämlich den natürlichen, im Gegensatz des Civilbesitzes, m. a. W. eine detentio, macht jedoch

a) den Zusatz: „ich besitze jedoch nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des N*., als dessen Pachter u. d. gl.“, so ist dieser Zusatz keine litis contestatio im Sinne des teutschen Processes, sondern Anhang [4]), welcher, aus den oben unter A. angeführten Gründen die Natur einer Einrede hat. Die äußern Merkmale der passiven Legitimation zur Sache sind eingestanden und damit ist der dem Kläger hierunter obgelegene Beweis beendet. Daß die einbekannten äußern Merkmale des Civilbesitzes eine besondere innere, und daher eine andere Qualität haben, als die gesetzliche Regel und also die Rechtsvermuthung voraussetzt, ist ein selbstständiges, vom Beklagten zu beweisendes factum. Gerade so verhält es sich, wann die Antwort des Beklagten auch der Form nach qualificirt ist, z. B. „ich gestehe, daß ich das libellirte Grundstück als Pachter des N*. besitze“ [5]). Läßt aber

b) der Beklagte obigen Anhang sowohl, als diese Form eines limitirten Geständnisses hinweg, gestehet rein: „ich besitze das Grundstück“, ohne auch nur eine Erläuterung hinzuzufügen, ob pro suo oder nomine alieno, und ohne vor oder hinter der Einlassung die Behauptung: „er besitze für einen Dritten“, als eine Einrede vorzuschützen, in deren Gefolge er dennoch von der Klage zu entbinden sey, so ist jener Legitimationspunkt vor der Hand erlediget, und der Beklagte kann sofort verurtheilt werden, hat er die übrigen Theile der Geschichtserzählung auch zugestanden, z. B. daß dem Kläger das behauptete Eigenthum zustehe. Ist in diesem übrigen Gebiet noch eine wesentliche Thatsache des gegnerischen facti verneint, so wird diese die Quelle des dem Kläger vorzuzeichnenden Beweisthems. Träte im Fall b) der Beklagte erst in der Folge mit der Behauptung hervor: „sein einbekannter Besitz sey doch kein Civilbesitz, einem Dritten, dem N*., stehe dieser zu“, es mag nun dieses Vorbringen in der Duplik des ersten Verfahrens, oder in der Instanz des dem Kläger in der Sache selbst, z. B. wegen seines Eigenthums, aufgelegten Beweises, oder selbst nach geschehener Verurtheilung des Beklagten

4) In der Abhandlung: über Einlassung und das qualif. Gest., führe ich näher aus: daß der Reichsabsch. v. 1654. §. 37. mit 49. in der Litiscontestation durchaus nicht anders dulden will, als reine Antwort auf die in der Klage wirklich erzählten Thatsachen. Vrgl. dies. Archiv B. 1. Abh. 3. §. 7. S. 46.

5) Auch diese Sätze erhalten in der bezogenen Schrift ihre Rechtfertigung.

zur Herausgabe des Klagobjects an den Kläger noch in der Executions-Instanz geschehen, so muß er zwar immer noch mit dem Beweis seiner Einrede gehört werden, und zwar deshalb, weil der Rechtsstreit in Rücksicht auf das Recht eines Dritten nichtig ist [6]; allein auch wenn er diesen Beweis führt, können ihn doch die Folgen der oblatio litis treffen, d. h. Ersatz aller Unkosten und Schäden, die er dem Kläger durch das Verhehlen des wahren Besitzers schuldlich zugezogen hat, nicht aber kann in diesem Fall eine translatio possessionis auf den Kläger als poena inficiationis eintreten.

So oft und zu welcher Zeit nämlich im Proceß Zweifel entstehen über einer Partei Legitimation zur Sache, bilden diese Zweifel allerdings einen Präjudicial-Streitpunkt, obgleich

A) alsdann kein besonderes Präjudicial-Verfahren, wann die factischen Bedingungen jener Legitimation der ersten Antwort des Gegners gleich im Anfange des Processes mit ausgestellt wurden, indem in diesem Fall die teutschrechtliche Eventual-Maxime des Processes schon dafür gesorgt hat, daß, ohne alle Gefahr einer Nichtigkeit des Verfahrens, dieses nicht gehemmt werde [7]. Entspringen aber

B) jene Zweifel an der Sachlegitimation erst nachher im Laufe des Processes, nachdem dessen Streitfragen in dem ersten Verfahren durch gegenseitige Behauptungen und Antworten schon festgestellt waren, so können sie auch ein summarisches Incident-Verfahren veranlassen, bald ohne, bald mit eventuellem Fortschritt in der Hauptsache [8]. Im Fall nun der Beklagte anfänglich als ein solcher sich darstellte, welcher zur Sache passiv legitimirt sey, hintendrein aber dieses gleichsam widerruft, und dabei einen Dritten benennt, welchem eigentlich dasjenige Object zugehöre, das er, Beklagter, dem Kläger deshalb herausgeben solle, weil es diesem zugehöre, so kann der Richter mit Sicherheit in petitorio nicht erkennen, indem er, ist jenes Vorgeben wahr, über das Recht eines Dritten, ohne dessen vorgängiges, gesetzlich geregeltes, Gehör mit Festigkeit abzusprechen und dieses Recht dem Kläger als dessen Recht zuzusprechen, gar nicht vermag. Weniger Bedenken hat er nun zwar, darüber interimistisch zu verfügen, „wer einstweilen die streitige Sache besitzen solle", erwogen die blose translatio possessionis, welche in diesem Zeitpunkt

6) Martin, in dem Lehrb. des teutsch. gem. bürg. Proc. §. 35. M. Handb. a. a. O. S. 111. ibi leg. all.

7) M. Handb. a. a. O. S. 146 f. 156 f.

8) M. Handb. a. a. O. S. 160. lit. D.

ein Dritter, als etwaniger Eigenthümer, physisch selbst nicht hat, am wenigsten dessen dingliches, gegen jeden Besitzer wirksames, Recht auflöset; und aus diesem Gesichtspunkt erklärt sich die translatio possessionis (der Besitz-Wechsel) als Privatstrafe eines boshaften Abläugnens des Besitzes des mit einer dinglichen Klage verfolgten Objects. Allein auch hier müssen die Gesetze möglichst enge erklärt werden, und ihre sehr verschiedenen Fälle im römischen Recht sind genau zu sondern. Auch hier kann nicht einmal nach röm. Recht eine translatio possessionis dann Statt finden, wann in den Acten von dem Beklagten der Dritte, welcher der wahre Besitzer sey, zu irgend einer Zeit im Proceß genannt, und als jener Besitzer bewiesen wird, und für welchen also auch die translatio des Naturalbesitzes schon ein rechtliches Interesse hat. In diesem Fall ist der Stoff zu einem Präjudicial-Streitpunkt gegeben, welcher wohl auch als noviter emergens, ein Incident Präjudicial-Verfahren veranlaßt; allein der Besitzstand muß einstweilen ungeändert bleiben. Drei römische Gesetze pflegt man in dieser Materie anzuziehen.

I.) Das erste [9]) setzt den Fall voraus, daß der Beklagte allen Besitz des vom Kläger mit einer dinglichen Klage verfolgten Objects boshaft (wissentlich, vorsätzlich) abläugnet, der Kläger aber ihn des Besitzes durch Beweis überführt. Hier soll der Beklagte zur Strafe seiner Lüge dem Kläger den Besitz jenes Objects einräumen, gesetzt auch der Kläger habe nicht bewiesen, rem suam esse [10]). Von einer nominatio auctoris ist hier gar nicht die Rede, ein reines Läugnen des Besitzes ist der Fall des Gesetzes und dabei der, daß der Beklagte einen Dritten gar nicht angeben wolle oder könne, welchem die Sache zugehöre, so daß also hierüber in den Akten gar kein Zweifel entstehet, und mithin auch gar kein Bedenken, dem Kläger den Besitz einzuräumen. Oben aber wurde unterstellt, der Beklagte gestehe den Besitz und benenne nachher einen Dritten als wahren Besitzer.

---

9) L. 80. Dig. de rei vind. 6. 1.

10) Daß die L. 80. cit. nur ein präparatorisches Verfahren, um die Legitimation zur Sache zum Voraus ausschließlich zu berichtigen, unterstelle, ist nicht so gerade hinanzunehmen. Die Worte etiam si non probaverit rel. deuten auch auf ein schon eingetretenes positives Streben hin, das dingliche Recht selbst zu beweisen, und es konnten ja die beiden Fragen: 1) ob der Beklagte besitze und 2) ob dem Kläger das behauptete dingliche Recht zustehe, ex jure in judicium hinüber gegangen seyn.

II.) Das zweite Gesetz [11]) faßt nur den Fall in das Auge, wann der Beklagte gegen die Klage sich gar nicht sträuben, sondern diese sogleich von sich abwenden, und daher sogar den einbekannten Naturalbesitz dem Kläger abtreten will, daferne der eigentliche Besitzer dagegen nichts einzuwenden habe. Ist der Beklagte dieses bereitwilligen Sinnes, so soll er, um diesen Befreiungszweck zu erreichen, den wahren Besitzer nennen, soll diesem gleichsam litem zu dem Zweck denunciren, damit dieser, in dessen Namen er besitzt, ihm keinen Vorwurf mache, und wohl mit einer Entschädigungsklage, weil er den Besitz eigenwillig und einseitig von sich gelassen habe, in Anspruch nehme. Ist nun jener Dritte in Kenntniß gesetzt, „seine Sache sey angefochten", ist er aufgefordert, actoris intentiones excipere, und er bleibt unthätig, so soll der Beklagte und Denunciant (vel quasi) seiner Obliegenheit ein Genüge geleistet haben und nunmehr ohne Verantwortlichkeit befugt seyn, dem Kläger das verlangte Object herauszugeben [12]), übrigens mit Vorbehalt der petitorischen Ansprüche jenes Schweigenden an das Object selbst, und ohne daß mit jener translatio possessionis der Hauptstreitpunkt über das dingliche Recht des Klägers an dem Object entschieden wäre. Hier ist also überhaupt von keiner poena infitiationis die Rede, sondern von einer poena negligentiae eines aufgeforderten Dritten, und von einem Vortheil des Beklagten, welcher in diesem Fall nicht einmal zur Erstattung der Unkosten an den Kläger verbunden seyn kann.

III.) Das dritte Gesetz [13]) unterstellt den Fall: daß a) der Kläger selbst gleich in der Klage behauptet, „der Beklagte besitze die Sache eines benannten Dritten, an welcher Sache ihm, dem Kläger, ein solches dingliches Recht [14]) zustehe, das den Beklagten gesetzlich verpflichte, jene fremde Sache ihm, dem Kläger, abzutreten", hierauf aber b) der Beklagte läugnet, „daß diese Sache jenem benannten Dritten zugehöre", und nunmehr c) der Kläger beweiset: „allerdings gehöre das Klagobject dem benannten Drit-

11) L. 2. Cod. ubi in rem actio. 3. 19.

12) Daß dieser Geist und Zweck in der L. all. 2. Cod. liege, bedarf keiner besondern Zergliederung — man lese es nur selbst.

13) Nov. 18. Cap. 10.

14) z. B. Pfandrecht. Auth. Item possessor pignoris rel. p. leg. 7. Cod. qui potiores in pign. 8. 18.

ten zu". Zur Strafe, daß der Beklagte dem Kläger durch boshaftes beharrliches Läugnen vergebliche Mühe machte, soll er dem Kläger den Besitz einräumen, jedoch mit Vorbehalt der Verfolgung seiner eigenen dinglichen Rechte an der Sache. Hier ist also eine poena infitiationis, aber keine laudatio auctoris, vielmehr ein Läugnen eines auctoris von Seiten des Beklagten. Auch eine denunciatio an jenen, vom Kläger selbst benannten und bewiesenen, Dritten macht das Gesetz nicht zur Bedingung der translatio possessionis; gewiß, weil auch der Kläger nur den Besitz im Gefolge eines dinglichen Rechts, nicht das Eigenthum an der Sache selbst verfolgt, der Beklagte, nach dessen Vorgeben, aus einem gleichen Grund besitzt und diesen Besitz nicht verlassen will, folglich für den Dritten es so ziemlich gleichgültig ist, welcher von beiden besitze. Auch davon aber ist der eben vorausgesetzte Fall gänzlich verschieden.

Wenn nun aber der in der Litiscontestation den Besitz des Klagobjects allgemeinhin bekennende Beklagte in der Folge noch da, wo die aus dem Besitz hervorgehende Vermuthung des Civilbesitzes wider ihn wirksam werden und seine Verurtheilung begründen soll, mit der nominatio auctoris erst hervortritt, so hat solche nicht den Zweck, durch sie von der Einlassung auf die Klage sich zu befreien, sondern es fällt der Proceß in die Lage zurück, als hätte er gleich anfänglich [15]) so geantwortet: „ich besitze zwar das Object, allein nur nomine alieno". Erbietet sich der Beklagte hierbei zur Abtretung des Besitzes unter Consens des Nominaten, so kommt, wie oben nr. II., die L. 2. Cod. ubi in rem actio rel. zur Anwendung. Will der Beklagte den Kläger nur zurücktreiben und den Besitz bis auf weiteres, bis der wahre Besitzer besiegt ist, an sich behalten, so muß er den Beweis übernehmen, „daß nicht er, sondern der Nominat derjenige Besitzer sey, wider welchen die dingliche Klage gerichtet werden müsse". Jetzt aber bedarf es keines schleunigen Beweises, weil er sich eingelassen hat, die nominatio also die Natur einer solchen Einrede annimmt, welche der Litiscontestation nachgefügt, oder doch als der Gegenstand eines ordentlichen directen Gegenbeweises anzusehen ist. Beweiset er aber auch die von der Klage ihm befreiende Qualität seines Besitzes, so trifft ihn doch der Vorwurf, den Proceß unnöthig verzögert und dadurch den Kläger von der Verfolgung seines Rechts gegen den wahren Besitzer abgehalten zu haben, so daß, wenn

15) Eben weil die Legitimatio ad causam als wesentlicher Punkt der Gegenstand ist, wird das zeitherige gleichsam rescindirt.

nicht auch dem Kläger eine culpa zur Last gelegt werden kann, dessen Forderung eines Ersatzes der Unkosten und Schäden als begründet vorliegt [16]). Uebrigens braucht auch hier der Kläger durch das Geständniß des Nominaten, „ja, er sey der wahre Besitzer“, so wenig sich überzeugt zu finden als gewiß auf der andern Seite von seiner Willkühr es abhängt, dem Nominanten sogleich, oder nach einer Erklärung des Nominaten, zu verlassen [17]). Allein der Kostenpunkt kann hier unter andere Principien fallen, weil der Beklagte den Kläger erst später in Kenntniß setzte von dem wahren Verhältniß des Besitzes.

Sollte aber der Beklagte den Beweis, „nicht er, sondern dern der Nominat, sey der wahre Besitzer“, nicht führen, so muß er ferner als zur Sache passiv legitimirt beurtheilt werden, und die Hauptsache, der Beweis des dinglichen Rechts des Klägers u. s. w., insoweit sie noch nicht beendiget ist, gehet wider ihn voran. Der Zweifel über jene Legitimation ist in den Acten nicht mehr vorhanden. Dennoch aber kann der Kläger eine translatio possessionis nicht verlangen — keines der obigen Gesetze ist für diesen Fall gegeben. Er hat weder den Besitz überhaupt, noch den Besitzer selbst geläugnet, sondern nur eine Qualität seines Besitzes behauptet, die er zu beweisen nicht vermochte. Dafür kennen die Gesetze keine Strafe [18]), sondern nur Anspruch auf Ersatz der Unkosten u. d. gl.

Wenn hingegen der Beklagte

2) den Besitz in der Einlassung verneint, z. B. er antwortet: „es ist nicht wahr, daß ich das libellirte Grundstück besitze“, und dabei

a) bemerklich macht, (sey es als Erläuterung oder in Bezug auf die vorangesetzte oder nachfolgende Einrede), „er verstehe hierunter den Civilbesitz, indem er diesen nicht habe, obwohl das Object in seiner Detention sich befinde“, so muß er im Gefolge dieser Selbsterklärung des Sinnes seiner Antwort dem gleich geachtet werden, welcher, wie unter B. 1. vorausgesetzt wurde, den Besitz voran zugestehet, und dann dessen Qualität als bloßen Naturalbesitz behauptet. Wollte man aber den Kläger in Rücksicht auf jenen Satz der Einlassung: „es ist nicht wahr, daß ich das libellirte Grundstück

---

16) Vergl. Mittermaier, S.

17) S. oben §. 2. a. b. c. d. pag. 424.

18) Die Nov. 18. Cap. 10. auf diesen Fall auszudehnen, wäre gegen alle Interpretations-Regeln.

besitze", den Beweis auflegen, etwann wegen des Princips: excipiens non fatetur etc., oder weil auch seine Erklärung über den Naturalbesitz schwankend ist [19]) so würde der Kläger doch nichts weiter zu beweisen haben als: der Beklagte besitze i. e. übe Besitzhandlungen über das streitige Object aus. Ist dieses dargethan, so kommt auch hier zur Anwendung, daß das Daseyn der äußern Merkmale des Civilbesitzes die Vermuthung dessen Daseyns zur gesetzlichen Folge hat. Hierunter trifft also den Beklagten die Last des Beweises: „ein Dritter sey der Civilbesitzer, er selbst aber nur der possessor naturalis".

Sollte aber der Beklagte

b) auch jenen Erläuterungs-Vortrag oder Anhang hinweglassen, sollte seine ganze Antwort auf diesen Punkt in den Worten bestehen: „ich verneine, daß ich das libellirte Grundstück besitze", ja dann ist auch dieses Punktes wegen dem Kläger der Beweis aufzulegen, wiewohl kein besonderer Präjudicial-Beweis, sondern verbunden mit den etwann auch noch zu beweisenden übrigen Bestandtheilen der gegnerischen Geschichtserzählung [20]). Dann aber, beweiset der Kläger den Besitz kann auch die im röm. Recht bestimmte poena infitiationis, licet actor, rem suam esse, non adprobaverit, zur Anwendung kommen [21]), im Fall nämlich auch jetzt der Beklagte keinen Dritten als wahren Besitzer benennt, oder den nunmehr erst, nach der convictio, benannten Dritten als wahren Besitzer zu beweisen nicht vermochte. Jener erste Fall ist in der L. 80. cit. klar, und der vergebliche Versuch, die Lüge, deren der Beklagte überführt wurde, zu beschönigen, erhöhet sie mehr, als daß durch jenes Unternehmen das Gesetz unanwendbar gemacht würde [22]). Auch ist es gewiß von dem Fall zu verstehen, wenn der Beklagte, der anfänglich allen Besitz läugnete, hintendrein, nachdem der Kläger den Beweis unternahm, den Besitz noch geste-

---

19) In der mehrgedachten Abhandl. über die Einlassung führe ich aus, daß in solchen Fällen der zur Antwort pflichtigen Partei eine bessere, reine, bestimmte, Antwort sub poena confessionis geboten werden soll.

20) Hier ist alles anwendbar, was von dem Beweis der activen und passiven Legitimation zur Sache nach teutsch-rechtlichen Rechtsprincipien sich sagen läßt. M. Handbuch zu Martin, Thl. 1. Abh. 5. S. 145 ff. u. S. 154 ff.

21) Nach L. 80. cit. de rei vindic.

22) Vergl. auch Note 10.

het [23]), z. B. nachdem ihm der Eid angetragen wurde, oder andere Anstalten des Beweises rege werden. In diesen Fällen liegt kein Hinderniß in dem teutschen Proceß, den Besitz auch dann auf den Kläger zu transferiren, wenn gleich über diesen Streitpunkt nicht voran allein zu erkennen seyn sollte, sondern die Definitiv-Sentenz in der Hauptsache, über das dingliche Recht des Klägers an der Sache, zugleich dahin mit erfolgte: insoferne habe der Kläger nicht bewiesen. §. 5. nr. 3 b. Denn würde der Beklagte hiermit frei von allen Folgen seiner Lüge, etwann abgesehen von Kostencompensation, so würde es Cautel werden, allen Besitz zu läugnen, um den Kläger die Rechtsverfolgung chikanös zu erschweren. Solches will der teutsche Proceß eben sowohl verhüten, als der Römische [24]. Uebrigens bleibt dem Beklagten unbenommen, auf Wiedererlangung des Besitzes zu klagen, hat er ein zum Besitz befugendes dingliches Recht an der Sache, deren Besitz er zur Strafe abtreten mußte. Nur den Besitz erhält jener Kläger, sein behauptetes dingliches Recht bleibt unerwiesen, er besitzt nur im Gefolge der Chikane seines Gegners [25]).

Allein wenn der Beklagte da, wo er, des geläugneten Besitzes überführt, sich als Lügner blos gestellt hat, noch eine laudatio auctoris vorträgt, und dabei beweiset, „dieser Nominat sey der wahre Besitzer", so hört die Gränze des Gesetzes auf, und es können wieder nur, wie unter B 1., Kosten- und Schadens-Ersatz als Folgen der oblatio litis eintreten, keine translatio possessionis als poena infitiationis: Das Interesse eines Dritten lebt nun in den Acten auf, und die Lüge: „er, Beklagter, besitze nicht", erhält einige Rechtfertigung, hat nicht mehr die Natur einer wahren Chikane. Aber die Folgen seiner culpa muß er tragen, wenn auch jetzt der Kläger gegen den Nominaten sich zu wenden hat, um sein Recht klagend weiter zu verfolgen. Nochmals sey erwähnt, daß die L. 80. Dig. diesen Fall nicht zum Gegenstand hat, und daß auf diesen die poena infitiationis selbst nach röm. Proceß um so

---

23) Das Geständniß ist die beste convictio, und das Gesetz spricht allgemein vom Beweis: ita ut si possit adversarius convincere rel.

24) Darinnen haben die alten praktischen Juristen gar wohl recht. Oelze, in der Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 121. ibi all. Note w.

25) Die L. 80. spricht dieses in den Worten: transferat ad se possessionem per judicem hinreichend deutlich aus, und die Nov. 18. Cap. 10. dient wenigstens als Commentar.

weniger anwendbar ist [26]), weil er eine weit geringere Imputation gegen den Beklagten in sich faßt, als der Fall, wo dieser allen Besitz läugnet, und nachdem er überführt ist, daß er besitzt, auch keinen Dritten nahmhaft machen kann, welcher den zur passiven Sachlegitimation des Beklagten nothwendigen Besitz habe.

§. 3.

Zu bedenken ist jedoch noch hierbei, daß dem Beklagten, auch wenn er den Besitz verneinte ohne allen Bezug auf einen autor, §. 2. lit. B 2 b. S. 432., ihm doch der directe Gegenbeweis gegen die Behauptung des Klägers offen stehet. Dieser behauptet den Civilbesitz, hat aber solchen mit dem Beweis des Daseyns der äußern Merkmale des Civilbesitzes genüglich erwiesen, §. 2. A 1 b. S. 426., und der Beklagte hat in diesem Fall gegen eine praesumtio juris anzukämpfen. Solches geschiehet durch den directen Gegenbeweis [1]), welcher aber auch indirect d. h. künstlich, durch Schlußfolgerungen geführt werden kann [2]). Von dieser Schlußfolgerung auf das Nichtwahr des im Gefolge des vom Kläger geführten Beweises zu präsumirenden Civilbesitzes kann nun der Satz: „ich bin nur Pachter u. d. gl.", die factische Prämisse bilden; indem, wird diese erwiesen, nun aus den gesetzlichen Begriffen des Besitzes von selbst folgt, daß der Beklagte ein solcher Besitzer nicht ist, wie [3]) der Kläger behauptete, und rechtlich vermuthet wurde. Dieser eigentliche, wiewohl künstliche, Gegenbeweis ist aber an die Frist des directen Gegenbeweises gebunden; dahingegen hätte der Beklagte die Einrede: „sein Besitz habe nur die Eigenschaft eines blosen Naturalbesitzes und ein Dritter sey der Civilbesitzer", der Einlassung angehängt, diese Behauptung auch ein Gegenstand des sogenannten indirecten Gegenbeweises [4]) seyn würde, nach dem Begriff

---

26) L. 11. §. 10. 11. 12. Dig. de interrogation. in jure faciendis. 11. 1.

1) Grolman, in der Theorie des ger. Verf. in bürg. Rechtsst. §. 96. Danz, in den Grunds. des ord. bürg. Proc. §. 251.

2) Archiv. B. 1. Abh. 3. S. 35. Note 3.

3) Es ist hier ein Fall, wo die Schlußfolgerung voll beweiset, weil die bewiesene Prämisse die Wahrheit des gegnerischen Beweisthemas absolut ausschliesset. Es ist ein gesetzlicher Widerspruch, daß der Pachter als solcher pro suo besitze — es ist gleichsam ein Rechts-alibi bewiesen. Vergl. Archiv a. a. O. S. 36. Not. ***.

4) Grolman, a. a. O. § 97. Danz, a. a. O. Martin, a. a. O. §. 125.

eines eventuellen Hauptbeweises [5]), welcher nach gemeinem Recht auch dann noch angetreten werden kann, wann über das Resultat des gegnerischen Hauptbeweises bereits erkannt und dieser wenigstens bis zu einem gesetzlichen Eid für geführt befunden worden ist [6]).

Hier also zugleich ein Beleg zu dem Satz, daß es Behauptungen des Antworters giebt, welche resp. eine indirecte Verneinung der Behauptung des Gegners in sich fassen, resp. aber auch die Natur der Einreden haben [7]), und also sowohl in erster als zweiter Eigenschaft, ja in dem nämlichen Proceß in beiden Qualitäten zugleich, benützt werden können [8]) — und hieraus mag sich auch ergeben, daß die nominatio auctoris auch die Natur einer Einrede hat, und zwar resp. als proceßverhindernd, §. 2. lit. A., resp. um auch nach dem Beweis der Klage von dieser entbunden zu werden §. 2. lit. B., mithin der der Wirkung nach den gemeinen peremtorischen Einreden gleich.

Dem Beklagten muß man nach der Verhandlungs-Maxime die Wahl lassen, wo und wie er die laudatio auctoris zu seiner Vertheidigung benützen wolle.

§. 4.

Siehet man auf §. 2. zurück, so folgt dorther der Satz: „es giebt kein eigenes procedere für des Beklagten Vertheidigung mittelst der nom. auctoris, vielmehr bleibt alles auf der Bahn des geregelten Verfahrens — abgesehen von dem Fall, wo er zur Räumung des Besitzes unter Mitwissen des benannten wahren Besitzers sich bereit erklärt". Das hierauf nach der L. 2. Cod. ubi in rem actio rel. eintretende Verfahren aber ist für den Beklagten gar kein Rechtsstreit — diesen will er gar nicht, er will ja des Klägers Verlangen so weit erfüllen, als in seinen moralischen Kräften stehet.

Hinweg also insonderheit mit einem Präjudicialbeweis, oder gar Präjudicial-Verfahren, über die nominatio auctoris vor der Litiscontestation! Ein schleuniger Beweis ist deswegen nicht Präjudicialbeweis im eigentlichen Sinn. Er, der unternommene schleunige Beweis, kann, ohne Liquidität, die eventuelle Verhandlung gar nicht hemmen; — ist er nicht sogleich klar, so treffen die Partei, welche, auf ihn sich stützend, das eventuelle Fortschreiten unterließe, die Folgen des Ungehorsams [1]).

5) Gönner, in dem Handb. des Proc. Thl. II. Abh. 42. §. 2. f.

6) Grolman, a. a. O. §. 187. Gönner, a. a. O. §. 4.

7) Archiv, a. a. O. Abh. 21. §. 15. S. 276.

8) Ein gesetzliches Hinderniß dieser doppelten Vertheidigung durch Beweis des nämlichen Satzes 1) in einer besondern directen Gegenbeweisführung, und dann 2) nochmals durch einen besondern sogen. indirecten Gegenbeweis, könnte nur darinn sich finden, wenn der Beklagte dort und hier Beweismittel brauchte, welche neben einander nicht zuläßig seyn sollen. Archiv, B. 1. Abh. 12. S. 155 f.

1) Archiv, a. a. O. Abh. 32. S. 455.

1) Die eine nominatio auctoris, vollkommen oder unvollkommen, enthaltende Antwort des Beklagten ist dem Kläger ad replicandum mitzutheilen. Spricht dort der Beklagte: „er besitze nur als Pachter, als Commodatar u. d. gl.", ohne den Verpachter u. s. w. zu benennen, so ist der Richter nicht befugt, ihn zur Ergänzung zu nöthigen [2]). Der Beklagte konnte schlechthin antworten: „ich besitze nicht", im welchem Fall die Antwort das Gebiet der Litiscontestation nicht überschreitet. Einreden vorzuschützen ist keine Zwangspflicht des Beklagten, und für den Beweis des Satzes: „daß er nicht besitze", als das directe Gegentheil eines Theils des Beweisthems des Klägers, haben ihm die Gesetze die Befugniß zum directen, sogar künstlichen, Gegenbeweis gegeben. Nur Sache des Klägers ist es, den Inhalt der Antwort des Beklagten zu erwägen und sich zu bedenken, ob er diesen Rechtsstreit gegen den den Besitz läugnenden, wenn auch nur auf einen ungenannten dritten Besitzer hindeutenden, oder einen solchen gar nicht erwähnenden, Beklagten fortsetzen wolle. Hat dieser

2) ein solchen Dritten klar benannt, ohne jedoch um dessen Adcitation zu bitten, d. h. diesem litem zu denunciren [3]), so ist auch der Richter zur Adcitation unbefugt [4]). Auch in diesem Fall ist der Kläger rein ad replicandum zu veranlassen und ihm allenfalls nur die Erklärung über Anerkennung der vom Beklagten zum schleunigen Beweis der Wahrheit seiner nom. auctoris inducirten Urkunde in dem nämlichen Decret zu gebieten. Keineswegs aber eine Einlassung auf jene proceßverhindernde Einrede [5]). Jetzt ist es wieder an dem Kläger, zu überlegen, ob jene Einrede liquid sey, ob ihm eine Entbindung des gewählten Beklagten drohe, ob er diesen verlassen und den Nominaten wählen, oder ob er die ihm nicht einleuchtende Liquidität der Einrede replicirend anfechten und auf den beschrittenen Weg voranschreiten wolle, so wie letzten Fall dem Beklagten offen stehet, seine etwann nur liquidable exceptio tertii possessoris durch Auswirkung einer Tagfahrt zur Anerkennung des Originals der zu ihrem schleunigen Beweis beigebrachten Urkunde liquid zu machen. Im Fall aber

3) der Beklagte auf Adcitation des bestimmt nominirten Auctors ausdrücklich angetragen hätte, so hat diese da, wo der Beklagte aus dem Besitz nicht weichen will, z. B. als Pachter, die Natur und Folgen einer Litisdenunciation. Diese ist dem Nominaten, nebst den Voracten [6]), Klage und Antwort, als eine monitorische Beiladung zuzufertigen, und hiervon ist dem Kläger in dem solchem die Antwort seines Beklagten ad replicandum mittheilenden Decret Notiz zu geben

---

2) Dieses würde höchsten Falls nur dann sich behaupten lassen, wann der Beklagte zugleich sich erböthe, den Besitz zu Gunsten des Klägers fahren zu lassen. Aber selbst in diesem Fall ist es Sache des Klägers, auf jene nähere Erklärung des Beklagten anzutragen, damit das Richteramt keinen Grund finde, des Beklagten Darbieten für nicht ausreichend zu finden, weil der Beklagte selbst bekennt, er wolle über ein Object disponiren, welches er nicht im Civilbesitz habe.

3) Weil er, Beklagter, nicht gesonnen ist, den Besitz der Sache aufzugeben.

4) Folgt aus Mittermaiers eigenen und richtigen Principien von der Adcitation der Verhandlungs-Maxime. Archiv B. 3. Hft. 3. nr. II. S. 33 f. S. a. Martin, a. a. O. §. 295.

5) Archiv. B. 1. Abh. 22. S. 455.

6) Martin, a. a. O. §. 196.

— weiter nichts [7]). Abermals ist die Reihe an dem Kläger, seine fernern Maaßregeln zu bedenken — abermals kann von Liquidität oder Nichtliquidität der exceptio tertii possessoris und der ersten Vollendung [8]) die Rede seyn — nicht aber wird diese vom Kläger geforderte Klarheit durch eine Erklärung des sich einfindenden Litisdenunciaten dadurch hergestellt, daß dieser äußert: der Beklagte ist nicht Besitzer — sehet da, ich bin es leibhaftig!

Wenn nämlich im vorausgesetzten Fall

4) der Nominat wirklich thätig aufträte und

a) auf vorbemerkte Weise sich erklärte (nr. 3 a. E.), so ist es wieder Sache des Klägers, ob er α) den vorigen Beklagten verlassen, den sich darbietenden Gegner aber glauben und als Besitzer angreifen, oder ob er β) replicirend antworten will: „von diesem Zudringlichen nehme ich keine Notiz". Hier wirft sich die Sache wieder auf die Liquidität der vom Beklagten vorgeschützten Einrede „tertii possessoris", und die etwann von solchem, von jenem Nominaten, beigebrachten schleunigen Beweismittel sind nur Beweismittel des Beklagten, welcher an dem Litisdenunciaten einen Beistand und Consorten zur Abtreibung des Gegners im Verhältniß zu dem von solchen gewählten Beklagten erhalten hat [9]). Ein präjudicielles Verfahren zwischen dem Kläger und Nominaten ist ein gesetzloser, ja ein gesetzwidriger, höchst schädlicher, Auswuchs einer solchen Praxis und Doctrin, welche die vom Gesetz so weise verschlossene Thür zur Weitschichtigkeit und böser Chikane vor der Litiscontestation aus den Angeln hebt. Ein solches Verfahren ist eben so wider den teutschen gemeinen Proceß und dessen, so wie einer neuen Gesetzgebung, unwürdig, als in dem Fall, wann

b) der erschienene Nominat erklärt: „nein, er sey nicht Besitzer des Klagobjects". Will hier der Kläger α) dennoch den gewählten Beklagten fahren lassen und diesem mehr glauben, als dem sich sträubenden Nominaten [10]) — wer will es ihm wehren? Es verstehet sich, daß der Kläger mit einer ganz neuen Klage gegen ihn hervortreten muß, so wie das überall der Fall ist, wo der Kläger den erst gewählten Beklagten verläßt und nicht eine ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft zwischen dem Nominaten und Kläger die Fortsetzung des Processes in der Lage billiget [11]), in welcher dieser bei dem Austritt des ersten Be-

---

7) Grolman, a. a. O. §. 159.

8) Durch Auswirkung eines Termins zur Anerkennung der Original-Urkunde.

9) Dieser bleibt die Hauptperson — das an der Spitze stehende passive Subject des Processes — abermals und immer vorausgesetzt, der Kläger will ihn nicht lassen, weil solcher sich überzeugt findet, dieser Beklagte, nicht jener accessorische Intervenient, sey der wahre Besitzer, und abermals in Betracht gezogen, daß der Beklagte die Einlassung durch die nominatio auctoris verhindern will. Vergl. übr. Grolman, a. a. O. 159. mit 158 b.

10) Dieser kann ja die Sache gestohlen oder sonst einen Grund haben, propriam turpitudinem zu verhehlen.

11) Wenn z. B. beide mit dem Schriftwechsel u. s. w. fortführen, und die Streitfrage so feststellten, daß es einer neuen Klage und Antwort nicht bedürfte, so muß der Richter diesen, wenngleich nur durch Handlungen ausgesprochenen, Willen der Parteien anerkennen.

klagten sich befindet. Allein β) der gegen die nominatio sich sträubende Kläger kann auch hier so wenig genöthiget werden, einen Präjudicialstreit über die nominatio sich gefallen zu lassen, als es einen Sinn hätte, ihm zu erlauben, einen solchen Vorproceß mit dem Nominaten zu führen. Wollte er nämlich diesem beweisen: „er, der Nominat, sey wirklich der Besitzer, so ist ja dieses ein Verlassen des ersten Beklagten und ein gesetzwidriger tumultuarischer Ueberschritt in die Hauptsache gegen den neuen Beklagten. Wollte aber der erste Beklagte gegen seinen eigenen Nominaten (Litisdenunciaten) sich wenden, um gegen diesen als Kläger zu beweisen, „er, der läugnende Nominat, sey doch der wahre Besitzer", so läuft es ja wieder gegen die ersten Principien des Processes, den Kläger zu nöthigen, einstweilen den Zuschauer zu machen und zu warten, bis sein Beklagter mit einem Dritten jenen Rechtsstreit beendiget habe. Für diesen Kläger ist jener Nebenkampf, jene, aus diesen Acten zu verweisende, res inter alios acta, gar kein Präjudicialstreit — er schreitet auf seinem eröffneten Weg gegen seinen gewählten Beklagten voran, und nur dessen schleuniger, liquider, wider den Kläger gerichteter Beweis, „nicht er, sondern jener Dritte besitze", vermag es, ihn, den Beklagten des Klägers, von der Einlassung auf dessen Klage zu befreien. Aber so wie dieser Beklagte keinen Beweis aus dem Geständniß des Nominaten hernehmen kann, so schadet ihm auch dessen Verneinen nichts. Auch dieses kann gegen die Wahrheit und die Behauptung des Beklagten richtig seyn [12]). Doch gegen den Kläger muß er hier seinen schleunigen Beweis richten, nur dieser ist in diesem Proceß sein Gegner [13]).

Was übrigens wegen des Beweises über den Besitz selbst dann Rechtens sey, wann die possessio tertii nominati vor der Litiscontestation nicht schleunig und klar bewiesen und die Einlassung auf die Klage vollzogen wurde, ist schon oben §. 2. enthalten, so wie das keiner Wiederholung bedarf, daß der Proceß auch hinter der Litiscontestation resp. in das Gebiet der nominatio auctoris gleichsam zurückfallen, resp. aber mit ihr im langsamem Beweis sich beschäftigen kann.

Und was dort und hier nicht gesagt wurde, folgt leicht und consequent aus den gesetzlichen Hauptprincipien:

A) der teutsche gemeine Proceß duldet, mit Ausnahme der gerichtsablehnenden Einreden und der eingeschwärzten exc. spolii, nur schleunige liquide Beweise im Gebiete vor der Litiscontestation —

B) mit und hinter der Litiscontestation darf erst der Stoff zu langsamen ordentlichen Beweisen gegeben werden [14]). —

C) so wie Niemand, von dessen eigenem Recht die Rede ist, zum Klagen und zur Vertheidigung auf Klagen absolut genöthiget werden darf, so liegt es auch außer der Gewalt eines Richters, oder einer Par-

---

12) Vergl. Note 10. S. 437.

13) Dieses ist auch der Fall, wann der Beklagte nach der Litiscontestation einen ordentlichen, directen oder indirecten, Gegenbeweis §. 3. wegen des Besitzes des nominirten Auctors unternimmt.

14) Hätte man nur diese beiden unter A. u. B. aufgestellten Sätze des Reichsabsch. von 1654., nebst dessen Sinn einer speciellen Antwort, richtig aufgefaßt und cultivirt, wieviel Unfug der Praxis, wieviel Irrthümer der alten und neuen Doctrin, wieviel rückwärts schreitende Vorschriften neuer Gesetzgebungen, wären verhütet worden! —

tei, dem Kläger einen Gegner aufzubringen, den er nicht mag [15]), oder von einem gewählten Gegner zu verjagen, welchen er nicht fahren lassen will [16]), und welcher vor der Antwort auf die Thatsachen der Klage nicht schleunig und klar zu beweisen im Stande ist, die Klage sey untauglich zum Proceß, oder unreif, oder überhaupt, oder doch von Seiten des Klägers, oder gegen ihn, den Beklagten, nicht statthaft [17]).

§. 5.

In der Sache selbst schließe ich noch mit folgenden Bemerkungen:

1) Beweiset der Kläger nicht einmal einen solchen Besitz des Beklagten, mit welchem die Rechtsvermuthung des Civilbesitzes gesetzlich sich verbindet §. 2. S. 426., so wird er mit seiner Klage gegen diesen Beklagten abgewiesen, und dann mag der wahre Besitzer immerhin X**. oder Y**. sich nennen.

2) Bewiese zwar der Kläger jenen Besitz, sey es durch des Beklagten Geständniß oder auf andere Weise, der letzte vernichtete jedoch die Rechtsvermuthung auf dem Weg eines directen oder indirecten Gegenbeweises §. 3. S. 434., so läuft das Proceßschiff des Beklagten in den nämlichen unter 1 gedachten ruhigen Hafen ein.

In beiden Fällen bedarf es gar keiner Prüfung und Entscheidung: „ob der Kläger sein Recht an dem Klagobject bewiesen habe oder nicht"; denn jener Streitpunkt über den Besitz des Beklagten behielte, mitten in den Verhandlungen nach der Eventual-Maxime, seine, nunmehr wirksam werdende, präjudicielle Natur [1]).

3) Bewiese der Kläger des Beklagten Besitz unentkräftet, so ist ja, nach den Acten und nach dem formellen Recht des Processes, des Beklagten passive Legitimation zur Sache juristisch hergestellt und das Daseyn eines Dritten, vorher genannten oder ungenannten, angeblich wahren Besitzers ist für diesen Proceß eine juristische Unwahrheit. Somit ist auch gar kein Hinderniß vorhanden, über das Recht selbst an dem Klagobject richterlich zu erkennen.

Hat nun der Kläger

a) auch sein Recht an der Sache bewiesen, so wird der Beklagte in petitorio verurtheilt, mag nun der Beklagte dessen unentkräftet bewiesenen Besitz mala oder bona fide geläugnet gehabt haben, oder nicht; hat hingegen der Kläger

---

15) Martin, a. a. O. §. 36. ibi all. Note f. Dr. Breidenbach in der Abh. nr. XXI. in dies. Archiv B. 3. Hft. 3. S. 325 f. ibi leg.

16) Das wäre Gewalt und Justizverweigerung!

17) Abgesehen von der unter A. erwähnten Ausnahme kann nur der schleunige Beweis einer Einrede, deren Wahrheit den Richter verpflichtet, die Klage als angebrachter Maßen, oder als noch zur Zeit unstatthaft, oder als vom Gesetz nicht gegeben, oder als perimirt anzuerkennen, sey dieses Perimiren auf dem dem Weg des gerichtlichen Processes, oder außergerichtlich auf eine vom Gesetz gestattete Weise geschehen, den Beklagten von der Litiscontestation befreien, aber auch von aller Litiscontestation, selbst von der eventuellen. Das ist die Summe des Willens der teutschen Gesetzgebung in diesem Punkt. Archiv. B. 1. Abh. 32.

1) M. Handb. a. a. O. S. 158 f.

b) dieses Recht am Klagobject nicht bewiesen, so wird der Beklagte petitorisch von der gegen ihn angestellten Klage entbunden und losgezählt; er wäre denn eines boshaften Ableugnens des Besitzes überführt worden, in welchem Fall er den Besitz dem Kläger einräumen und nun diesen petitorisch belangen soll, will er den Besitz wieder erhalten §. 2. S. 432 f. Nunmehr muß der vormalige Beklagte klagend ein dingliches Recht an der, jetzt von dem vormaligen Kläger besessenen, Sache behaupten und beweisen — partes petitoris suscipere. Ohne jene Chikane hätte er schon deshalb gesiegt, weil der Kläger das behauptete Recht am Klagobject nicht bewiese [2]) — er als Beklagter hatte gar nicht nöthig, vorzuschützen und zu beweisen, er habe ein dingliches Recht an der Sache, oder einen bessern Besitz [3]); jetzt aber, blos zur Strafe seiner Unredlichkeit, muß er mit einer solchen Behauptung hervortreten und sie beweisen, widrigenfalls der vormalige Kläger im Besitz bleibt und usucapiren kann.

4) Wäre es möglich, daß, des bewiesenen Besitzes des Beklagten ungeachtet (nr. 3.), ein Dritter der wahre Besitzer sey, so ist für diesen durch die allgemeine Rechtsvorschrift gesorgt: res inter alios acta vel judicata aliis non nocet [4]), insoweit er nicht im Gefolge eigener imputabler Negligenz seine Rechtverfolgung sich selbst erschwert, oder gar die Wirkung der res judicata sich zugezogen hat [5]).

Man achte diese gerechte und weise Gesetzgebung der Römer — man überzeuge sich, sie ist aus dem Leben gehoben und greift in das Leben wohlthätig zurück, nicht aber ist sie ein zufälliges kaltes Product der Proceßform! —

---

2) L. 4. Cod. de edendo. 2. 1. L. 28. Cod. de rei vindicatione. 3. 32. L. 9. Cod. de exception. 8. 36.

3) L. 28. cit. L. 2. Cod. de probationibus. 4. 19. §. 4. Inst. de interdictis. 4. 15. L. 53. Dig. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2.

4) Tit. Cod. inter alios acta vel judicata rel. 7. 60. L. 1. seq. Cod. quibus res judicata non nocet. 7. 56. L. 10. Dig. de except. 44. 1. L. 1. seq. Dig. de except. rei jud. 44. 2. L. 2. Cod. de except. 8. 36.

5) L. 14. §. 1. Dig. de appellationib. et relat. 49. 1. L. 63. Dig. de re judicata. 42. 1.